

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

**Ponente:** DR. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE  
**Medio de control:** CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
**Radicación:** 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39.121)  
**Demandante:** CONSTRUCCIONES VÉLEZ Y ASOCIADOS SA  
**Demandado:** SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)

#### ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión adversa a las pretensiones de la demanda, aclaro el voto en relación con los siguientes cuatro aspectos de la decisión: (i) la ausencia de salvedades a los contratos modificatorios en la jurisprudencia de la Corporación, (ii) el régimen de responsabilidad contractual alegado en la demanda y la resolución del caso concreto, (iii) análisis de la conducta positiva del contratista durante la formación de negocio jurídico y, (iv) alcance de la regla de unificación.

#### **1. La ausencia de salvedades en los contratos modificatorios en la jurisprudencia de la Corporación**

1) No comparto la forma en la cual se delimitó el asunto materia de unificación, porque, se parte de un supuesto no del todo preciso, consistente en que existe algún sector de la jurisprudencia que se ha abstenido de decidir de fondo las controversias contractuales por suerte de la creación de un “*presupuesto procesal*” que carece de respaldo legal, lo cual restringe indebidamente el acceso a la administración de justicia del contratista por “*implantar exigencias generales y abstractas, no establecidas en la ley que impiden estudiar de fondo los conflictos sobre la ejecución del contrato*” (pág. 17). Este aserto es impreciso y reduccionista de la multiplicidad de problemáticas sometidas a la decisión del juez del contrato estatal y, particularmente, desatiende la existencia de distintos regímenes jurídicos de responsabilidad contractual del Estado.

2) En efecto, no es exacto afirmar que existe una línea o postura jurisprudencial claramente identificable encaminada a establecer un pretendido presupuesto procesal en aquellos asuntos sometidos a la jurisdicción en los cuales las partes han suscrito, sin reservas, acuerdos modificatorios y/o prórrogas de lo inicialmente pactado; una revisión en los canales oficiales de acopio de jurisprudencia de la Sección confirma que no se encuentran precedentes que revelen el rechazo de plano de alguna demandada ni tampoco la prosperidad de una excepción previa derivada de la ausencia de salvedades o ausencia de decisión de fondo de la Corporación fundamentada, exclusivamente, en dicho motivo.

3) El alcance apenas parcial del problema planteado en la decisión de unificación se revela porque omite individualizar cuál es la fuente de la responsabilidad contractual del Estado alegada en cada uno de los precedentes citados, pues, no son válidamente equiparables aquellas controversias judiciales en las cuales lo pretendido se ha limitado a la declaración de incumplimiento y la reparación de los perjuicios correspondientes, con otras que imponen el análisis de situaciones exógenas a las partes (teoría de la imprevisión) o del ejercicio unilateral del *imperium* de la administración (*ius variandi*); de igual manera, tampoco es posible afirmar la existencia de precedentes respecto de un determinado escenario sin precisar el alcance de las modificaciones contractuales acordadas.

4) En esa perspectiva, no resulta equiparable, por ejemplo, la decisión de un caso en el cual las partes pactaron voluntariamente la ampliación del plazo contractual a cambio de un precio y reclaman judicialmente la indemnización de perjuicios derivados de una mayor permanencia en obra, con aquella que debió proferirse en un asunto en el cual se deprecia el reconocimiento de obras que no fueron reguladas en los modificatorios, tal como se explica a continuación, eventos en los cuales, no obstante advertirse la ausencia de manifestaciones de salvedades o reservas en los acuerdos o documentos modificatorios del contrato, comúnmente denominados “otrosíes”, lo cual no fue óbice para hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia planteada con la demanda y emitir una decisión de mérito para resolverla:

a) En ese sentido, el primer escenario tuvo lugar en el contrato celebrado por las partes para la construcción del dique de La Mojana<sup>1</sup>, en el cual el contratista reclamó la

---

<sup>1</sup> Expediente 05-001-23-31-000-2010-01966-02 (65.256)

reparación del desequilibrio económico derivado de una mayor permanencia en el sitio de las obras por el hecho de haberse prolongado la ejecución más allá de lo inicialmente acordado, concretamente, por los meses que duraron las prórrogas contractuales<sup>2</sup>, frente a lo cual la Subsección B de la Sección Tercera resolvió lo siguiente:

*“Se probó que las partes suscribieron dos contratos adicionales; el primero, incrementó el precio del contrato en \$200.000.000 incluido IVA, por solicitud del contratista, para ajustar los precios del contrato a la realidad del mercado (fl. 236 cdno. 1); el segundo, previa solicitud del contratista, amplió el plazo contractual por cinco meses, hasta el 8 de agosto de 2009, y en valor por la suma de \$4.000.000.000 incluido el IVA, con el propósito de permitir ejecutar el contrato con las modificaciones a los diseños y evitar un nuevo procedimiento de selección de contratista<sup>3</sup> de contratación, todo lo anterior sobre la siguiente expresa y clara premisa: “continúan vigentes todas las estipulaciones del contrato, que no se hayan modificado por lo acordado en este documento” (fl. 241 cdno. 1).*

*5) Ahora bien, la parte demandante reclama que incurrió en mayor permanencia en obra durante esos precisos cinco (5) meses, de donde surge evidente que esta no se trató de una situación imprevista sino evidenciada y acordada libre y autónomamente por las partes, previa solicitud del contratista; por consiguiente, con independencia de la postura jurisprudencial sobre la necesidad o no de dejar salvedades al momento de la suscripción de adiciones del contrato y sin que sea relevante la época en la cual han sido adoptadas determinadas decisiones judiciales sobre el punto, lo cierto es que ese plazo no derivó de una situación imprevista sino todo lo contrario, ya que fue acordado por las partes con el fin de acometer un punto específico de los trabajos; es decir, con independencia de las circunstancias materiales que determinaron la extensión del plazo del contrato, esta fue acordada de manera libre y consciente por las partes, quienes no alegaron ni probaron algún vicio del consentimiento al momento de hacerlo.” (negritas adicionales).*

Es evidente entonces, que la Sala no omitió resolver el fondo del asunto ni se escudó en la ausencia de salvedades para cercenar el derecho del contratista a reclamar, sino que, examinó y determinó el real contenido y alcance de los pactos plasmado en los respectivos documentos modificatorios, pues, por el contrario, analizó que lo acordado incluyó plazo y remuneración de ese plazo adicional, por lo cual no podía reconocerse que la mayor permanencia devino de un hecho externo a la voluntad de las partes. Así

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de octubre de 2022, exp. 65.256.

<sup>3</sup> “JUSTIFICACIÓN TÉCNICA: Construcción Dique Marginal. El tramo Colorado Nechi, presente la construcción de cerca de 2,5 Lms de dique construido, 1,200 como dique de cierre y 1,250 como dique marginal – Sector Nuevo Mundo. El diseño actualizado ensancha el carretable existente y une los dos tramos ya construidos, brindando protección en una longitud de cerca de 6 kms de los 12 que corresponden a la meta física entre Colorado y Nechi. Un nuevo proceso licitatorio tardaría no menos 6 meses (sic) que representan un mayor valor calculado al ICP del 6,6% anual que corresponde a la suma aprox. de \$400 mill” (fl. 240 cdno. 1).

las cosas, se reconocieron los efectos de lo pactado por las partes sin salvedades, lo cual no equivale, en modo alguno, a señalar que se dejó de resolver de fondo el conflicto o que se impuso un presupuesto para la prosperidad de las pretensiones no previsto en la ley.

b) En cuanto al segundo evento, es especialmente ilustrativo de lo sucedido en el conflicto suscitado por la construcción de dos (2) centros de control de motores en las estaciones Reforma Libertad y Chichimene, con sus correspondientes obras eléctricas y civiles<sup>4</sup>, caso en el cual el contratista reclamó (i) desequilibrio por mayor permanencia en obra y (ii) obras adicionales. Pese a que en dicho evento también se pactaron prórrogas y se verificó que la mayor permanencia en obra también devino de lo acordado, al tiempo que el contratista renunció expresamente a reclamar por este concepto, se estimó que esa sola circunstancia no era suficiente para denegar lo reclamado por concepto de obras adicionales, aspecto que fue necesario verificar de cara a otras evidencias que obraban en el expediente, a pesar de que en aquella no se consignaron o no se hicieron salvedades. La Sala lo precisó en los siguientes términos<sup>5</sup>:

***“El contratista no acreditó las prestaciones adicionales de diseño cuyo reconocimiento pretende; el dictamen pericial practicado en el curso del proceso (fls. 732 – 773 cdno. 1) se refiere únicamente al valor de la mayor permanencia en obra, entre otras cosas, producto de demoras en la entrega de los diseños, frente a lo cual no hay lugar a efectuar ningún reconocimiento con ocasión de las renunciadas a reclamar por ese concepto, que fueron acordadas junto con las prórrogas contractuales; por el contrario, el experto reconoce que fue Ecopetrol quien finalmente entregó “los detalles estructurales correspondientes al muro cortafuegos, disposición área subestación (...) con las respectivas cimentaciones para los transformadores de 1600 kVA y el transformador de servicios auxiliares, incluido su sistema de aguas aceitosas tanto en el campo Reforma y Chichimene” y no se refiere a actividades de diseño ejecutadas materialmente por la contratista, por lo cual no hay razón para reconocer las labores adicionales reclamadas por tal concepto”*** (se resalta).

5) En ese contexto, es evidente que no son equiparables las decisiones judiciales proferidas, por razón de las particularidades de cada caso ni puede generalizarse el análisis del juez sin precisar los hechos y la fuente de la responsabilidad contractual que se debate en cada asunto concreto; por ende, la conclusión de la sentencia del proceso de la referencia, según la cual se ha establecido o creado, fácticamente, un presupuesto procesal o requisito para la prosperidad de las pretensiones no está

---

<sup>4</sup> Expediente: 50001233100020080006301 (62.694).

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de septiembre de 2022, exp. 62.694.

debidamente soportada, no corresponde a la realidad de los hechos y a la línea de decisión judicial trazada sobre la materia, pues, en realidad, el juez ha buscado precisar el verdadero contenido de los actos de modificación y prórroga de los contratos en cada caso que ha sido sometido a su consideración y decisión, sobre la base de determinar si con ellos las partes definieron y cerraron las dificultades que presentaba la ejecución del contrato y las diferencias surgidas entre ellas.

6) Por otra parte, encuentro acertado que la sentencia de unificación terminó por privilegiar, aunque, sin referirse de manera expresa a ella, la *teoría de los actos propios*, utilizada históricamente por la Corporación para decidir este tipo de controversias, por considerar, finalmente, que el contratista no podía desconocer el ofrecimiento de un mayor plazo contractual sin adición de precio ni su conducta durante la formación de los modificatorios acordados, lo cual comparto plenamente; la aplicación de esta doctrina nunca implicó un requisito jurisprudencial para la prosperidad de las demandadas ni la imposición de un presupuesto procesal no regulado en la ley, sino que, permitió reconocer, como ahora lo hace la Sala Plena de la Sección Tercera, que los acuerdos logrados por las partes para sortear las diferencias surgidas entre ellas las obligan y no pueden ser desconocidos por estas ni por el juez al momento de resolver los litigios, esto último en aplicación y eficacia del principio de autonomía de la voluntad que rige los contratos (art. 1602 del Código Civil y art. 40 de la Ley 80 de 1993).

## **2. El régimen de responsabilidad contractual alegado en la demanda y la resolución del caso concreto**

1) En la sentencia de unificación se abordó el análisis del caso sin precisar el fundamento de las reclamaciones del contratista quien, si bien se refirió en las pretensiones al *incumplimiento del contrato*, alegó la ocurrencia de situaciones imprevistas y del ejercicio del *ius variandi* por parte de la administración; la sentencia se estructuró sobre la consideración de que lo reclamado por el contratista fue “el *incumplimiento del contrato*” porque entregó tardíamente y en forma defectuosa los diseños contratados.

2) Al respecto debe advertirse que, verificada la demanda se encuentra que, aunque la pretensión primera se encaminó a que se declare el incumplimiento contractual de la parte contratante, los argumentos vertidos en la demanda se dirigen a plantear responsabilidad por el *ius variandi* y por la teoría de la imprevisión, porque, según la

parte actora, el SENA ordenó realizar trabajos no contemplados inicialmente en el contrato, tales como demolición de canchas y desmantelamiento de zona de juegos, manejo de agua, construcción de una nueva red de acueducto para surtir la zona deportiva, traslado de árboles que suspendió el movimiento de tierra y requirió la construcción de una rampa de acceso para la grúa que haría el movimiento, cambios de secuencia en la construcción, cambio en la secuencia de construcción (primero la torre y luego la plazoleta), construcción de 4 pozos de abatimiento, cambio del concreto, cambio del nivel de excavación, aumento de altura en el nivel del sótano disminuyó el rendimiento de los trabajos, cambios de los bordes de las escaleras y en el diseño de estas, entre otros (pág. 8 índice 50 SAMAI), factores estos que, a juicio del demandante, generaron una mayor permanencia en obra.

3) Asimismo, debe observarse que también se reclamó mayor permanencia derivada de situaciones imprevistas, como el hecho de haber encontrado nivel freático por encima del nivel del sótano lo cual implicó subir 90 cms el nivel y renivelar todo el proyecto. Dice la demanda que *“de la lectura detenida de cada uno de los hechos descritos en la comunicación antes citada, sucedidos durante la ejecución del contrato, todos ellos atribuibles a causas ajenas a la voluntad del contratista, se hacía necesaria una prórroga”* (fl. 10 demanda, índice 82 SAMAI).

4) La sentencia dejó de lado los fundamentos concretos de la reclamación; no obstante, comparto el sentido de la decisión en cuanto es adverso a las pretensiones de la demanda, porque, como bien lo precisa la sentencia, pericialmente se determinó que la administración le reconoció al contratista la totalidad del tiempo en obra e inclusive valores superiores (párrafos 34 y 35 de la sentencia).

### **3. Análisis del negocio jurídico y de los actos del contratista durante su formación**

1) La sentencia de unificación, tal como en forma clara e inequívoca lo anuncia, no otorgó valor al silencio del contratista al momento de suscribir los modificatorios ni lo interpretó como renuncia a derechos; el análisis de la conducta previa a la suscripción de dichos acuerdos permitió concluir, puntualmente y sin hesitación alguna, que el demandante ofreció terminar las obras en un plazo adicional sin aumentar la remuneración acordada o, disyuntivamente, un plan de contingencia para acelerar la ejecución el cual *“sería medido y facturado posteriormente”* (fl. 139 c. 1).

2) En esa dirección, las partes privilegiaron la primera opción, acuerdo que no podían desconocer válidamente porque, precisamente, fue aceptado de buena fe por ambas con el fin de solucionar un conflicto surgido durante la ejecución del contrato; en estas condiciones, en la sentencia se reconoce que no es válidamente admisible reclamar en contravía de lo expresa, autónoma y voluntariamente acordado; esta circunstancia permite advertir, fácilmente, que no se trata de que so pretexto de la buena fe se esté creando un *“requisito para la prosperidad de las pretensiones”* (párrafo 19 de las consideraciones de la sentencia), sino, de analizar el alcance real de lo acordado, lo cual es ley para los contratantes.

3) Como se aprecia, la sentencia de unificación se sustenta, concretamente, en la imposibilidad del contratista de desconocer su propia conducta negocial y los acuerdos finalmente suscritos, lo cual comparto plenamente por no ser producto del silencio sino de la interpretación integral de lo acordado con su contraparte contractual.

#### **4. Alcance de la regla de unificación**

1) Sin perjuicio de lo anterior, como lo puse de presente en la redacción final de la regla de unificación del caso concreto no soluciona el tema que se pretende unificar ni es útil para resolver todos los eventos de responsabilidad que pueden presentarse durante la ejecución de los contratos; disponer que el juez está obligado a desentrañar el acuerdo de voluntades resulta tautológico, pues, este es precisamente y en todos los casos la labor del juez del contrato, para cuyo debido cumplimiento no se requería unificación jurisprudencial.

2) Estimo que la regla de unificación fijada por la Sección no entrega respuesta expresa y certera al problema jurídico que la sentencia anuncia resolverá, el cual, según el título II de las consideraciones (página 5), es el siguiente: *“la Sala debe resolver si cuando el contratista no hace salvedades en el acuerdo modificador, el juez, por ese solo hecho, debe negar las pretensiones de la demanda”*, para lo cual bastaba con precisar que para el pleno de la Sección Tercera la respuesta a ese interrogante es negativa.

3) Determinar el alcance de los acuerdos entre las partes e interpretarlos para que se cumplan de buena fe es lo que de tiempo atrás ha tenido lugar en la jurisprudencia de

la Corporación en aplicación de la doctrina de los actos propios, según la cual no resulta admisible que en sede judicial se reclame en contra de lo expresamente pactado; sin embargo, este solo ejercicio no aporta la totalidad de elementos ni la certeza necesaria para controversias como las derivadas de la teoría de la imprevisión o del ejercicio del *ius variandi* que, no solo dependen de los acuerdos de las partes sino de la ocurrencia, prueba y apreciación de situaciones fácticas, externas o generadas por las partes que impactan la ejecución del contrato y, a lo sumo, permite determinar si en estos acuerdos quedaron zanjadas las diferencias surgidas con ocasión de estos otros supuestos de responsabilidad contractual.

4) Por lo anterior comparto la segunda parte de la regla de unificación en la cual se precisa que, luego de analizado el alcance de los acuerdos entre las partes, el juez *“establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado”* (párrafo 44); ciertamente, lo relevante para la decisión de cada caso concreto es establecer si los acuerdos de las partes regulan los aspectos sometidos a control judicial, para efectos de determinar su alcance en cada evento objeto de análisis y decisión, no obstante, estimo que para ello no era indispensable una decisión de unificación jurisprudencial, pues, la necesidad de la prueba y el deber de apreciación de esta por parte del juez están regulados en forma expresa e inequívoca en la ley.

5) Efectivamente, al aplicar la regla de unificación a la solución del caso concreto quedaron evidenciadas sus debilidades metodológicas porque, insisto, la Sala terminó por no referirse expresa y puntualmente a las circunstancias exógenas y a los cambios y modificaciones de la obra que, según el demandante, fueron introducidos unilateralmente por la entidad contratante.

6) Nótese cómo, al analizar el documento modificatorio suscrito el 17 de diciembre de 1997 (segunda prórroga), la sentencia reconoció que este solo reguló la ejecución de dos (2) items específicos (obras complementarias de escaleras y muros, párrafo 35 de las consideraciones), precisión que nada aportó a la solución del caso concreto, pues, imponía concluir entonces que los reclamos del contratista no quedaron regulados en dicho modificatorio, lo cual daba paso a analizar los reclamos económicos derivados

*Exp. 05001-23-31-000-1999-02 151-01 (39.121)*  
*Demandante: Construcciones Vélez y Asociados SA*  
*Controversias contractuales – aclaración de voto*

de otros conceptos con sustento en la teoría de la imprevisión y del *ius variandi* en los cuales se fundamentó la demanda, lo cual no se hizo; sin embargo, comparto la decisión de revocar el fallo de primera instancia que fue parcialmente favorable a las súplicas, debido a que estas no podían prosperar por ausencia de prueba del daño, lo cual fue puesto de presente en el dictamen pericial practicado en el curso del proceso.

**FREDYIBARRAMARTÍNEZ**  
**Magistrado**  
**(Firmado electrónicamente)**

*Constancia. la presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*